



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
- SECCIÓN SEGUNDA -  
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D. C. 04 SEP. 2018

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Proceso:** 110013335-017-2016-00232-00

**Demandante:** Alberto William González

**Demandado:** Cremil

**Tema:** Reajuste salarial y prestacional del 20%, de la prima de antigüedad y el subsidio familiar de los soldados profesionales

**Sentencia:** 128

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 31 de agosto de 2018, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

### I. ANTECEDENTES

El señor ALBERTO WILLIAM GONZÁLEZ actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 22 de agosto de 2016 (f.27), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

#### PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones se concretan a lo siguiente:

1. Se declare la nulidad del acto administrativo N° 32279 del 16 de mayo de 2016 negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.
2. Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento se ordene reajustar la asignación de retiro **i)** tomando como base de liquidación la asignación básica equivalente en un s.m.m.l.v. incrementado en un 60% del mismo salario de conformidad con el inciso 2° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; **ii)** se aplique el 70% de la asignación básica más el 38,5 de la prima de antigüedad como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, **iii)** reajustar e incluir la partida de subsidio familiar en un 70%, y **iv)** la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes concebidos.
3. Se condene a la entidad al pago y reconocimiento del valor de las sumas pedidas, los intereses moratorios causados sobre las sumas a deber y la indexación de todos los valores conforme al índice de precios al consumidor al momento del pago, liquidadas mes a mes.
4. Ordenar a la entidad demandada el pago costas procesales, agencias en derecho y honorarios del abogado.

**NORMAS VIOLADAS**, el demandante invocó los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 29, 42, 43, 44, 48, 53, 93 y 150 de la Constitución Política, artículos 2 de la Ley 4 de 1992, Ley 1437 de 2011,

Decreto 1793 y 1794 de 2000, Ley 923 de 2004, Decreto 4433 de 2004, Decreto 116 de 2014, artículo 1 y 8.1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes humanos (Pacto de San José, Convenio Internacional del Trabajo).

**CONCEPTO DE VIOLACIÓN:** El demandante indicó que la entidad demandada está vulnerando el derecho a la igualdad, debido proceso, la familia como núcleo esencial de la sociedad, derecho de los niños, derechos adquiridos y mínimo vital, por haber liquidado su asignación de retiro con un s.m.m.l.v incrementado en un 40%, faltándole un 20% conforme lo establece el Decreto 1794 de 2000, para ello cito sentencias proferidas tanto por el Consejo de Estado como por los diferentes Tribunales Administrativos del país. Aunado a ello, precisa que la entidad demandada erróneamente está liquidando su asignación de retiro aplicando un 70% dos veces, es decir tanto en la asignación básica como en la prima de antigüedad, siendo que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que se debe sacar el 70% al sueldo básica y luego sumarle el 38.5 de la prima de antigüedad.

Respecto de la partida de subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad, expreso que por vía de excepción de inconstitucionalidad y en aplicación al derecho a la igualdad se deben incluir dichas partidas en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, tal y como sucede con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (f 15 vto-23 vto).

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Dentro del término otorgado la entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en razón a que referente al incremento del salario mínimo de los soldados profesionales en un 60%, de conformidad con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, tienen derecho a dicho incremento, pero el mismo debe solicitarse ante el Ministerio de Defensa Nacional y no ante Cremil, pues esta última es la encargada de realizar el reconocimiento de la asignación de retiro con base en la Hoja de Servicios. Manifiesta que se le reconoció el Subsidio Familiar como partida computable para la asignación de retiro en el porcentaje del 30% establecido en el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, el cual se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico.

Respecto de la prima de navidad se aplicó la normatividad legal vigente el cual no contempla la inclusión de dicha partida en la asignación de retiro, razón por la que el acto administrativo en discusión goza de presunción de legalidad. En cuanto a la liquidación de la prima de antigüedad, menciona que esta se realizó conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en el entendido de reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% (f 35-41).

#### **AUDIENCIA INICIAL**

El 31 de agosto de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión según quedó consignado en el audio y acta de la diligencia (f.75-84).

#### **SENTIDO DEL FALLO**

En la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, agotadas las etapas procesales hasta terminar las consideraciones se dio el sentido del fallo, el cual se consigna por escrito.

## II. CONSIDERACIONES

### IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en el **Oficio No. 2016-32280 del 16 de mayo de 2016**, mediante el cual la entidad demandada negó la petición de reajuste y reliquidación de la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica incrementado en un 60% del mismo salario de conformidad con el inciso 2° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y se aplique el 70% de la asignación básica más el 38,5 de la prima de antigüedad como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con inclusión de la partida de subsidio familiar y de la duodécima parte de la prima de navidad.

### TESIS DEL DEMANDANTE

Señala que la entidad demandada vulnera principio y derechos constitucionales por haber liquidado su asignación de retiro con un s.m.m.l.v incrementado en un 40%, faltándole un 20% conforme lo establece el Decreto 1794 de 2000, para ello cito sentencias proferidas tanto por el Consejo de Estado como por los diferentes Tribunales Administrativos del país. Aunado a ello, precisa que conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se debió liquidar su asignación de retiro tomando el 70% del sueldo básica y luego sumarle el 38.5 de la prima de antigüedad.

Respecto de la partida de subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad, expreso que por vía de excepción de inconstitucionalidad y en aplicación al derecho a la igualdad se deben incluir dichas partidas en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, tal y como sucede con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

### TESIS DE LA DEMANDADA

La entidad accionada indica que referente al incremento del salario mínimo de los soldados profesionales en un 60%, de conformidad con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, tienen derecho a dicho incremento, pero el mismo debe solicitarse ante el Ministerio de Defensa Nacional y no ante Cremil, pues esta última es la encargada de realizar el reconocimiento de la asignación de retiro con base en la Hoja de Servicios. Así mismo, manifiesta que se le reconoció el Subsidio Familiar como partida computable para la asignación de retiro en el porcentaje del 30% establecido en el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, el cual se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico. Respecto la prima de navidad, informa que se aplicó la normatividad legal vigente el cual no contempla la inclusión de dicha partida en la asignación de retiro, razón por la que el acto administrativo en discusión goza de presunción de legalidad, igualmente, frente a la liquidación de la prima de antigüedad, menciona que esta se realizó conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (f 35-41).

### PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad corresponde establecer si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro se reliquide y reajuste en un 60% de la asignación básica conforme el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y si en la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro se aplicó en forma correcta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Así mismo, si se debere reliquidar y reajustar su asignación de retiro con inclusión en el IBL del Subsidio Familiar en el mismo porcentaje percibido al momento del retiro y de la Prima de Navidad por considerarse que es inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a pesar que el mismo excluyó la inclusión de dichas partidas para los soldados profesionales.

### **SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.**

Como quiera que el demandante a 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado como Soldado Voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 y posteriormente el 1° de noviembre de 2003 fue vinculado como Soldado Profesional, conforme la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016<sup>1</sup>, la interpretación adecuada del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 es que los Soldados Voluntarios que luego fueron incorporados como Profesionales tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un s.m.m.l.v. incrementada en un 60%.

Adicionalmente, la entidad demandada aplicó de manera equivocada la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Así mismo, atendiendo al deber que impone el artículo 4° de la Constitución Política, el artículo 103 y el inciso 2 del artículo 148 del CPACA, y por respeto al principio constitucional de igualdad, el Despacho inaplicará el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que excluyó el Subsidio Familiar como partida computable en la asignación de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia en los cargos de soldado profesional y el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014 que incluyó la partida en un porcentaje inferior, para ordenar su inclusión en el porcentaje devengado a la fecha de retiro, no sucediendo lo mismo con la inclusión de la Prima de Navidad por no haberse configurado la vulneración al derecho a la igualdad.

### **Régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares**

Los artículos 4°<sup>2</sup> y 5°<sup>3</sup> de la Ley 131 de 1985 fijaron la remuneración de quienes prestan el servicio militar voluntario, normatividad que estableció que los citados oficiales tenían derecho a una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, con los topes allí establecidos.

Con la Ley 578 de 2000, se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. En ejercicio de dicha potestad, el 14 de septiembre de 2000 se expidió el Decreto 1793 de 2000 por el cual se reguló el Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16

<sup>2</sup>Ley 313 de 1985, "ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto".

<sup>3</sup>ibidem "ARTÍCULO 5o. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año".

Dicho estatuto permitió que los soldados voluntarios que se hubieran vinculado con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, pudiesen ser incorporados como soldados profesionales a partir el 1º de enero de 2001, con la antigüedad que certificara cada fuerza expresada en número de meses, advirtiendo en su artículo 5º que “[a] **estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.**”

En relación con el régimen salarial y prestacional de este personal, el artículo 38 del citado Decreto señaló:

*“ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”*

Es así como se expidió el Decreto 1794 de 2000 “[p]or el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, en cuyos artículos 1º y 2º se dispuso:

*“ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%). (...)*

*PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. **A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.** (Negrilla del despacho).*

*ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).*

*PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. **A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.** (Negrilla del Despacho).*

La interpretación de los citados artículos, 1º y 2º del Decreto 1794 de 2000, es la que suscita la presente controversia. Sin embargo, ante la disparidad de criterios existentes en

la jurisprudencia nacional, el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de agosto de 2016<sup>4</sup> zanjó la discusión al unificar el criterio existente en la materia.

En esta oportunidad la Corporación analizó el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, y 1º y 2º del Decreto 1794 de 2000 e indicó que las citadas disposiciones distinguen dos grupos de soldados profesionales, i) quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, los cuales tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y ii) quienes venían como soldados voluntarios, los que devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

Así, la Corporación interpretó con criterio unificador que:

*“(…) el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>5</sup> en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,<sup>6</sup> cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.*

*De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,<sup>7</sup> es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.”*

Y más adelante precisó:

*“(…) la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>8</sup> derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4º de 1992<sup>9</sup> y el Decreto Ley 1793 de 2000,<sup>10</sup> consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, **tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%**, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.*

*Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793<sup>11</sup> y 1794<sup>12</sup> de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01, No. Interno: 3420-2015.

<sup>5</sup> *Ibidem*. Nota interna de la sentencia (78).

<sup>6</sup> Nota interna de la sentencia (79) “Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*. Nota Interna de la Sentencia (81) “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”.

<sup>9</sup> *Ibidem*. Nota interna de la sentencia (82) “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Nota interna de la sentencia (83) “Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

<sup>11</sup> Nota interna de la sentencia (84)

<sup>12</sup> Nota interna de la sentencia (85) “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”.

*soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.”*

Finalmente, determino el H. Consejo de estado en la sentencia de unificación precitada que:

*“El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda demostrada y fehaciente en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.*

*En el presente caso no se evidencia la trasgresión al referido principio, puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,92 cuyo artículo 1º, inciso 2º, se insiste, **establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%.**”*

Conforme con lo anterior, concluyó la Corporación que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, tesis que el Despacho acoge en su integridad.

#### **De la liquidación de la asignación de retiro con el factor de prima de antigüedad para los soldados profesionales**

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

*“Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

Como se observa, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares entre otras, la prima de antigüedad, la cual conforme el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 señaló que para los soldados profesionales del Ejército Nacional se cancelaría de la siguiente manera:

*“Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)”*

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el H. Consejo de Estado<sup>13</sup> ha señalado:

*“Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, “debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%”, y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares”.*

En desarrollo del tema, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, rad. 19001-23-33-000-2014-00128-01(1936-16, precisó:

**“Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “adicionado”.**

*En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.*

*Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación.*

**En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y**

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

**ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.**

*Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.*

*Con base en lo anterior, obra a folio 79 la certificación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de la liquidación de la asignación de retiro del señor José Henry Casso, en los siguientes términos:*

LIQUIDACIÓN JUNIO A DICIEMBRE AÑO 2009		
SUELDO BÁSICO		\$695.660
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.50%	\$267.829,10
SUBTOTAL		\$963.189,10
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%	
TOTAL SIGNACIÓN DE RETIRO		\$674.442

*En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Subsección una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.*

*Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.”(Negrilla y Subrayado por el Despacho)*

Así las cosas, en el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, porque la forma correcta de computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

#### **El Subsidio Familiar como partida computable para los soldados profesionales**

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares, determinó que los soldados profesionales, casados o con unión marital de hecho vigente, tendrían

derecho al reconocimiento del subsidio familiar mensual equivalente al 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad<sup>14</sup>.

Posteriormente, el Presidente de la República en desarrollo de la ley 4ª de 1992 expidió el Decreto 3770 de 2009, por el cual derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000<sup>15</sup>.

Es decir, que mediante la expedición del Decreto 3770 de 2009, el Gobierno Nacional eliminó el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales. Sin embargo, la misma norma contempló un régimen de transición para que, quienes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto, esto es 30 de septiembre de 2009, se encontraban percibiendo dicha prestación, continuaran devengándola hasta su retiro del servicio.

Ahora bien, en relación con las partidas básicas computables determinadas para la liquidación de la asignación de retiro, el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>16</sup> señaló que ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serían computables para la liquidación de asignaciones de retiro, pensiones y sustituciones pensionales, es decir, corroboró que para efectos de liquidar este tipo de prestaciones se tendrían en cuenta únicamente las partidas señaladas, con lo cual no quedó duda que el legislador excluyó dicha partida de los factores para liquidar la asignación de retiro.

Así las cosas, es evidente que la citada disposición estableció un trato diferencial para el personal de soldados profesionales, sin justificación razonable alguna, en contravía de lo establecido en el artículo 2º de la Ley 923 de 2004, que señaló al Gobierno Nacional los objetivos y criterios a tener en cuenta para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, incluyendo entre ellos la igualdad, el respeto por los derechos adquiridos y la no discriminación por razón de categoría o jerarquía.

No obstante, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1162 de 2014<sup>17</sup>, mediante el cual se incorporó la partida del subsidio familiar en la asignación de retiro y la asignación de retiro para el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las

---

<sup>14</sup> Decreto 1794 de 2000 "Artículo 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.// Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

<sup>15</sup> *Ibidem* "Artículo 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 (...) PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.// PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual".

<sup>16</sup> Decreto 3770 de 2009 "Artículo 13. Partidas computables para el personal de las fuerzas militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así: (...)// 13.2 Soldados Profesionales: // 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo del Decreto-ley 1794 de 2000. // 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo del presente decreto.// PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales (...)"

<sup>17</sup> "Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares".

Fuerzas Militares, a partir del 1º de julio de 2014, pero solamente en un porcentaje del 30% del valor devengado por este concepto en actividad<sup>18</sup>.

### **De la inconstitucionalidad del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y del artículo 1º del Decreto 1162 de 2014**

En este asunto debe tenerse en cuenta que la finalidad del subsidio familiar es la de ayudar al sostenimiento del grupo familiar en los cargos de menores ingresos, por lo que no resulta entendible que este se haya incluido como partida en cargos que se encuentran en un rango salarial más alto, excluyendo de dicho beneficio a los soldados profesionales, quienes devengan un salario inferior.

Si bien es cierto, el Decreto 1162 de 2014 incluyó dicha partida en la asignación de retiro de los soldados profesionales, no es menos cierto que lo hizo solamente en el 30% de lo devengado en actividad, con lo que también incluye un trato diferenciado con los oficiales y suboficiales a quienes se les reconoce dicha partida en el porcentaje devengado en actividad.

Al respecto, el H. Consejo de Estado de manera pacífica ha establecido que en atención al principio de igualdad, no es justificable que los soldados profesionales estuvieran en una condición de desigualdad frente a las asignaciones de retiro de los grados más altos del escalafón militar, es así que la Sección Segunda de dicha Corporación en sentencia del 10 de mayo de 2018, con ponencia del doctor William Hernández Gómez, reitero:

*“En reiterada jurisprudencia constitucional<sup>19</sup> se ha dicho que el legislador fundado en el principio democrático goza de una amplia facultad legislativa, y que por lo mismo, las consecuencias normativas producto de su ejercicio cuentan con la presunción de constitucionalidad.*

*Sin embargo, al momento de aplicar la regulación legal a casos concretos pueden resultar injustificadas o discriminatorias, caso en el cual es procedente aplicar el control difuso de la excepción de inconstitucionalidad.*

*Para ese efecto, la Corte Constitucional ha creado la doctrina del test intermedio de igualdad sobre preceptos normativos que en términos suyos se aplica cuando: “existe un indicio de arbitrariedad” o cuando puede ser “potencialmente discriminatoria”.*

*Pues bien, esta Corporación<sup>20</sup> al momento de valorar la desigualdad normativa del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en consideración a que únicamente en las asignaciones de retiro de los grados más altos del escalafón militar se incluye como partida computable el subsidio familiar, ha concluido que no existe justificación alguna para excluirlo como factor para las asignaciones de retiro del personal con menor rango.*

*En ese mismo sentido, para esta Subsección, es evidente que si bien es una actuación legítima del legislador excluir o incluir factores salariales en las asignaciones de retiro de forma desigual para personal con distinto rango en el escalafón, resulta injustificado y por lo mismo*

<sup>18</sup> Decreto 1162 de 2014, “ART. 1º—A partir de julio de 2014, para el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

<sup>19</sup> C-104/2016, C-015/2014, entre otras.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, fallo de tutela del 24 de febrero de 2015, Expediente No. 2014-04420-00 (AC) M.P. Gustavo Gómez Aranguren, entre otros fallos de tutela.

*discriminatorio excluir en una asignación de retiro del personal con menor ingreso, un factor (subsidio familiar) cuya naturaleza puede estar más vinculada a este sector menos favorecido, para incluirlo en las asignaciones de retiro del personal con mayor ingreso, que si bien reciben ese subsidio, gozan con mayor capacidad económica no solo para sufragar sus gastos familiares, sino para generar algún ahorro para su futuro.*

*Por lo tanto, en el sub examine, tal como lo sostuvo el tribunal de instancia, la inclusión del referido factor en la asignación de retiro del soldado profesional está condicionado a que la entidad verifique que el demandante hubiese percibido el subsidio familiar, bajo los parámetros del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.”*

Por tanto, este Despacho atenderá al deber que le impone el artículo 4° de la Constitución Política, el artículo 103 y el inciso 2 del artículo 148 del CPACA, y por respeto al principio constitucional de igualdad y no discriminación inaplicará el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que excluyó el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, asignación de retiro o de sobrevivencia en los cargos de soldado profesional y el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014 que incluyó la partida en un porcentaje inferior, para ordenar su inclusión en el porcentaje devengado a la fecha de retiro.

### **La Prima de Navidad como partida computable para los soldados profesionales**

El artículo 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, estableció:

**“ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES.** La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

**13.1 Oficiales y Suboficiales:** 13.1.1 Sueldo básico.13.1.2 Prima de actividad.13.1.3 Prima de antigüedad. 13.1.4 Prima de estado mayor.13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.13.1.8 **Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.**

**13.2 Soldados Profesionales:** 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

**Parágrafo.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”

**“ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES.** Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Subrayas y resaltado ajeno al texto de la norma transcrita).”

De lo anterior, se infiere que el legislador contemplo la inclusión de la partida de la prima de navidad en las asignaciones de retiro, pensiones de invalidez, y de sobrevivencia de los Oficiales y Suboficiales, mas no de los Soldados Profesionales.

En el caso en concreto, el actor solicita en el libelo demandatorio la inclusión de dicha partida en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por cuanto se está vulnerando el derecho a la igualdad frente a los Oficiales y Suboficiales que gozan de un mayor rango, como sucede con la partida de Subsidio Familiar.

Al respecto, este Despacho indica que no se puede asimilar la inclusión del Subsidio Familiar con la Prima de Navidad, por lo que los argumentos de la inclusión del primero no debe ser aplicables para inclusión del segundo, y así lo ha estimado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ha precisado lo siguiente:

*“Por otra parte, en lo que tiene que ver con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, debe advertirse que si bien en diversos pronunciamientos emitidos por el H. Consejo de Estado en sede de tutela se controvirtieron decisiones con las que se han despachado desfavorablemente pretensiones encaminadas a obtener la inclusión del subsidio familiar dentro de la asignación de retiro como en el sub examine, y en ellas se ordenó proferir fallos de reemplazo, que conllevó a que esta Sala optara por cambiar su posición y acoger el criterio que el Máximo órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo ha trazado frente a este tema, no lo es menos que tal criterio jurisprudencial no puede extenderse para incluir la prima de navidad bajo el argumento de garantizar el derecho de igualdad, **por cuanto la finalidad del subsidio familiar no es otro que ayudar a los trabajadores de menores ingresos al sostenimiento económico de su núcleo familiar, lo cual no ocurre con la duodécima parte de la prima de navidad reclamada, puesto que la naturaleza y objeto de dicho emolumento es totalmente diferente a la del subsidio familiar, único argumento que expuso el Consejo de Estado para ordenar su inclusión.***

**El presente juicio no configura la violación del derecho a la igualdad de los Soldados Profesionales frente a los Oficiales y Suboficiales, si se tiene en cuenta que los últimos sí efectuaron aportes para su asignación de retiro sobre dicho factor durante toda su relación laboral, conforme lo ordena el artículo 17 del Decreto 4433 de 2004, mientras que los Soldados Profesionales no.** Además, el parágrafo del artículo 13 de este decreto, prohíbe en forma expresa adicionar partidas a las específicamente señaladas en la ley, para efectos de liquidar la asignación de retiro, y tratándose de la duodécima parte de la prima de navidad, no existe fundamento jurídico para inaplicar dicho mandato, que se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento tanto para la administración, como para los administrados y los Jueces (Consejo de Estado, Tribunales y Juzgados Administrativos).

*Acceder en la instancia judicial a la pretensión de incluir en la base de liquidación de las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales la duodécima parte de la prima de navidad, equivale a modificar la ley usurpando abiertamente las competencias que la propia Constitución asignó en forma restrictiva al Congreso de la República como legislador ordinario y al Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria. No puede obviarse que los Oficiales, Suboficiales y Soldados, son categorías disímiles, con rangos, grados, obligaciones, deberes y responsabilidades diferentes, que justifican la diferenciación que hace la ley.*

*Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-057 de 2010 precisó que "Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la, integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa*

*mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes.*"<sup>21</sup>

Colofón con dicho criterio, la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha adoptado dicha postura, como es del caso citar la sentencia del 15 de febrero de 2018<sup>22</sup>, la cual fue objeto de revisión por el H. Consejo de Estado en sede de tutela en la cual resumió los argumentos de la corporación accionada, de la siguiente manera:

*"i) Si bien la Jurisprudencia constitucional ha dicho que la excepción de inconstitucionalidad tiene su fundamento en el artículo 4º Superior, y que puede ser aplicada por cualquier autoridad judicial o administrativa, no es menos cierto que también ha dicho que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la constitución. ii) Bajo la premisa que la igualdad se predica entre iguales, la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio, al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida. iii) No se vulnera el derecho a la igualdad en el caso concreto, por el hecho que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 solo establezca para oficiales y suboficiales como computable la partida duodécima parte de la prima de navidad, toda vez que "no se evidencian los elementos señalados por la Corte como parámetros que permiten identificar un trato diferente injustificado a la luz de la Constitución Política de 1991, de manera que el trato diferente establecido por la normatividad en cuestión... no se traduce en una violación al derecho fundamental a la igualdad que sea imposible prohijar". iv) Lo anterior, agregó, teniendo en cuenta que conforme a las pautas jurisprudenciales, el legislador goza de autonomía y libertad de configuración para establecer "qué componentes constituyen factores para liquidar prestaciones y constitucionalmente nada impide a éste expedir uno o varios ordenamientos de índole laboral, de suerte que es posible que en dicha materia coexistan diferentes regímenes jurídicos que regulen diversos aspectos de la relación laboral sin que por ello pueda considerarse que por esa sola circunstancia se viole el principio de igualdad".<sup>23</sup>*

Concluyo el H. Consejo de Estado, diciendo que:

*"La autoridad judicial cuestionada, de manera seria y con sustento en jurisprudencia constitucional, expuso los motivos por los cuales esa partida no podía -por la vía de inaplicar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004- asumirse como computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, al resaltar que lo contemplado en esa norma no genera un trato discriminatorio por el hecho que solo la consagre como partida computable para Oficiales y Suboficiales.*

*En tanto que el derecho a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso se trata de situaciones de hecho distintas.*

<sup>21</sup> Sentencia del 21 de marzo de 2018 por la Sección C de la Sección Segunda del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso 11001-33-35-017-2015-00622-01, con ponencia del doctor Samuel José Ramírez Poveda.

<sup>22</sup> Demandante: Raúl Musse Pencue, Demandado: Cremil, radicado: 11001-33-35-018-2016-00233-0.

<sup>23</sup> Sentencia del 11 de julio de 2018 de la Sección Cuarta-Sala de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01612-00(Ac), Actor: Raúl Musse Pencue, Demandado: Tribunal Administrativo De Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "A" Y La Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares - Cremil

*Incluso, debe anotarse que contrario a lo que pretende hacer creer el actor, no existe desconocimiento de precedentes en esa materia, por hecho que esporádicamente algunos Tribunales Administrativos hayan -por la vía de la inaplicación del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004- decidido ordenar tener como computable de la asignación de retiro de un soldado profesional la duodécima parte de la prima de navidad, dado que los mismos no se erigen como un precedente vinculante”.*

Así las cosas, este Despacho acogiendo la postura de su superior jerárquico y del Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, dispone que en el presente caso no se configura la vulneración del derecho a la igualdad, al no incluirse la partida de prima de navidad en la liquidación de su asignación de retiro, en razón a que fue el mismo legislador, en su facultad autónoma, que prohibió expresamente en el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, la inclusión de partidas diferentes a las allí estipuladas.

### **Caso concreto**

Se encuentra probado que el SP (r) Alberto William González prestó sus servicios a las Fuerzas Militares - Ejército Nacional, primero como **soldado regular** del 03 de marzo de 1995 hasta 31 de agosto de 1996, luego como **soldado voluntario** del 1° de octubre de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003 y, finalmente, como **soldado profesional** del 1° de noviembre de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2015, cuando se dio su retiro definitivo del servicio (f. 52 vto).

Así mismo, a folio 5, obra la hoja de servicios correspondiente al demandante, en la que se puede establecer que devengaba lo siguiente: Salario Básico Mensual + 58.50% Prima de Antigüedad Mensual+4% del Subsidio Familiar.

El 03 de mayo de 2016 ante Cremil el actor solicitó solicita reliquidar la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica incrementado en un 60% del mismo salario de conformidad con el inciso 2° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y se aplique el 70% de la asignación básica más el 38,5 de la prima de antigüedad como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con inclusión de la partida de subsidio familiar y de la duodécima parte de la prima de navidad (f 10-12).

La anterior petición fue negada a través del **Oficio con radicado No.2016-32280 de fecha 16 de mayo de 2016** (f 13).

De acuerdo con lo anterior se demuestra claramente que el demandante, se incorporó al nuevo Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares previsto en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Sin embargo, estima el Despacho que el demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que se encontraba vinculado como soldado voluntario, regido por la Ley 131 de 1985, desde el 1° de octubre de 1996 y que se incorporó como soldado profesional a partir del **1° de noviembre de 2003**, por lo que tenía derecho, por expreso mandato legal, a devengar una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, siendo esta la partida computable como salario mensual en la asignación de retiro reconocida al actor.

Lo anterior no entra en contradicción con lo previsto en el parágrafo del artículo 2 del Decreto 1794 en mención y artículo 5 del Decreto 1793 de 2000, en la medida en que es el

mismo Decreto 1794 de 2000 en su inciso segundo artículo 1, expresamente señaló que el grupo de oficiales en la situación fáctica del aquí demandante, devengarían “un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%”.

Por su parte, en torno a la forma como fue liquidada la asignación de retiro del SP (r) Alberto William González Duarte, precisó la entidad demandada, en certificación obrante a folio 8 la forma como se procedió a su liquidación, así:

<b>Salario básico 40%:</b>	\$965.237
<b>Porcentaje de liquidación</b>	70%
<b>Subtotal:</b>	\$675.666
<b>Prima de antigüedad SB*70%*38.5%:</b>	\$260.131
<b>Subsidio Familiar (SB*4%)+(SB*58,5%)*30%</b>	\$180.982
<b>Total de la asignación de retiro</b>	<b>\$1.116.779</b>

De esta manera, se observa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante, realizó una operación matemática consistente en aplicar el 70% sobre el sueldo básico del actor y al resultado que arrojó le aplicó el 38,5% de la prima de antigüedad.

No obstante, conforme con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en aplicación de la interpretación más favorable, la entidad debió tomar el sueldo básico que devengaba el demandante al momento del retiro del servicio, y aplicarle el 70%, y a este resultado sumarle el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, para efectos de liquidar su asignación de retiro.

Ahora bien, es de relevancia poner de presente la decisión proferida el 21 de marzo de 2018 por la Sección C de la Sección Segunda del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso 11001-33-35-017-2015-00622-01, con ponencia del doctor Samuel José Ramírez Poveda, referente al porcentaje de la prima de antigüedad, indico:

*“Precisa la Sala que en la liquidación de la asignación de retiro se debe computar el 38.50% de la prima de antigüedad efectivamente reconocida y devengada al momento del retiro del servicio, esto es sobre el valor correspondiente al 58.50% de la asignación básica mensual, no sobre el 100% de la asignación básica.*

*Así las cosas, resulta imprecisa la decisión del a quo, quien evidenció que en efecto existió un doble descuento del porcentaje de la prima de antigüedad al momento de liquidar la asignación de retiro, pero omitió verificar que el valor de esta partida estaba mal calculado ya que se tomó el 38,50% sobre el total de la asignación básica percibida por el demandante, cuando lo correcto era aplicar ese 38,50% a la suma realmente devengada por este concepto en actividad, que lo era el 58,50% de dicha asignación básica.”*

Conforme lo anterior, el Despacho siguiendo las directrices establecidas por el superior jerárquico, dispondrá incluir el 38.5% de la prima de antigüedad que realmente devengaba en actividad.

Es así, que respecto a la inclusión del **subsido familiar** como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro del aquí demandante, considera el Despacho que es procedente su reconocimiento, inaplicando por inconstitucional el parágrafo del artículo

13 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, teniendo en cuenta la reseña jurisprudencial expuesta.

Finalmente, el Despacho dispone negar la inclusión de la partida de prima de navidad dentro de la liquidación de la asignación de retiro del actor, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Así, se concluye que, de conformidad con el precedente normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia, los actos administrativos demandados, se encuentran parcialmente afectados de nulidad, por lo que la pretensión anulatoria formulada está llamada a prosperar sobre los aspectos ya indicados, debiendo disponerse el consiguiente restablecimiento del derecho.

En consecuencia, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que efectúe la reliquidación de la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta: (i) la asignación básica mensual que debe ser liquidada de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, remitiéndose a lo señalado en el artículo 1º inciso 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir aplicar el s.m.m.l.v. incrementado en un 60% por haber estado vinculado como Soldado profesional antes del año 2000, (ii) una vez efectuado lo anterior, al salario se le aplicará el 70% y a este resultado se le sumará el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad que realmente devengaba al momento del retiro del servicio (58.50%), sin aplicarle ningún porcentaje adicional, y (iii) deberá incluir el subsidio familiar en el porcentaje equivalente al que hubiere tenido reconocido por dicho concepto a la fecha de retiro, aplicando por analogía la fórmula determinada para liquidar las asignaciones de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia de los oficiales y suboficiales en el artículo 13 numeral 13.1.7 Decreto 4433 de 2004.

#### **Prescripción de mesadas**

Ahora bien, en lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción cuatrienal, consagrada en el artículo 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente<sup>24</sup>, teniendo en cuenta que la entidad demandada reconoció la asignación de retiro al actor mediante **Resolución 427 del 04 de febrero de 2016** efectiva a partir del **30 de marzo de 2016** y que este elevó petición de reajuste ante CREMIL el **03 de mayo de 2016**, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo en estudio.

**En consecuencia, se ordenará la reliquidación y pago de las diferencias en la asignación de retiro, conforme con los reajustes decretados, a partir del 30 de marzo de 2016 y así se dirá en la parte resolutive.**

**Reajustes pensionales:** Una vez determinada la cuantía de la asignación de retiro reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

**Diferencias a pagar:** De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora

<sup>24</sup> H. Consejo de Estado Sección – Segunda, Subsección “A” en sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente No. 628-2008, actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren: precisó que el Ejecutivo, con la expedición del Decreto 4433 de 2004, se excedió en las facultades que le otorgó la Ley 923 del mismo año, dado que en esta última disposición se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, sin que en ninguno de sus apartes se desarrollara el tema de la prescripción, por lo que la norma aplicable con relación al fenómeno prescriptivo es la norma anterior vigente, como ya se advirtió.

correspondan, se deben deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas y descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto.

#### **Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero**

Las sumas que resulten del reajuste deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las diferencias que dejó de percibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por los demandantes desde la fecha de causación del derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

**Costas:** El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso<sup>25</sup>, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365 Al*

<sup>25</sup> Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

*momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.*.  
(Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>26</sup> ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

*“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.*

*Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.*

*Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”.*

*Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>”<sup>27</sup>*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

## VIII. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO.- INAPLICAR POR INCONSTITUCIONALES**, para el caso en concreto, el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 **respecto del subsidio familiar** y el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

<sup>27</sup> Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

**TERCERO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL** del acto administrativo **Nº 2016-32280** del 16 de mayo de 2016, donde la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, negaron el reajuste de la asignación de retiro del señor SP (r) **ALBERTO WILLIAM GONZÁLEZ DUARTE**, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO.-** Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES RECONOCER Y RELIQUIDAR** la asignación de retiro del SP (r) **ALBERTO WILLIAM GONZÁLEZ DUARTE (i)** tomando como base la asignación básica mensual que debe ser liquidada de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, remitiéndose a lo señalado en el artículo 1° inciso 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir aplicar el s.m.m.l.v. incrementado en un 60% por haber estado vinculado como Soldado profesional antes del año 2000, **(ii)** una vez efectuado lo anterior, al salario se le aplicará el 70% y a este resultado se le sumará el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad que realmente devengaba al momento del retiro del servicio (58.50%), sin aplicarle ningún porcentaje adicional, y **(iii)** deberá incluir la partida de subsidio familiar en el porcentaje equivalente al que hubiere tenido reconocido por dicho concepto a la fecha de retiro, aplicando por analogía la fórmula determinada para liquidar las asignaciones de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia de los oficiales y suboficiales en el artículo 13 numeral 13.1.7 Decreto 4433 de 2004.

**Reajustes pensionales:** Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

**Diferencias a pagar:** De las mesadas de la asignación de retiro reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas y descontará el valor de los aportes que ordene la ley.** El pago de las diferencias conforme con los reajustes ordenados será a partir del **30 de marzo de 2016** por no haber operado el fenómeno de la prescripción.

Las sumas de dinero que la entidad accionada resulte adeudar a la parte actora deberán de ser indexadas de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde R, valor presente, se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto del reajuste de la pensión, con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia), por el índice inicial, vigente para la época en que debió de hacerse el pago. Por ser pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**QUINTO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO.- ORDENAR** el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A

**SEPTIMO. – SIN COSTAS** en esta instancia por no aparecer probadas.

**OCTAVO.** – Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante, el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P, y **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

**OCTAVO.** –Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA en consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

